Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte
Journal of the Max Planck Institute for European Legal History

Rechts Rg geschichte

Rechtsgeschichte
Legal History

www.rg.mpg.de

http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg22
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 22 (2014)
http://dx.doi.org/10.12946/rg22/347-349

Rg 22 2014 347 – 349

Mario Ascheri

Processo romanico-canonico: una ›eccellenza‹ attraverso il tempo?

Dieser Beitrag steht unter einer
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0

Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte
Journal of the Max Planck Institute for European Legal History

Rechts Rg geschichte

Rechtsgeschichte
Legal History

www.rg.mpg.de

http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg22
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 22 (2014)

Rg 22 2014 9 – 13

Inhalt

Dieser Beitrag steht unter einer
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0

Thomas Duve 16 German Legal History: National Traditions and Transnational Perspectives

Fokus focus

Thomas Duve	51	European Normativity – Global-Historical Perspectives. Introductory remarks
Jürgen Renn	52	The Globalization of Knowledge in History and its Normative Challenges
Hartmut Leppin	62	Christianity and the Discovery of Religious Freedom
Heiner Lück	79	Aspects of the transfer of the Saxon-Magdeburg Law to Central and Eastern Europe
Raja Sakrani	90	The Law of the Other. An unknown Islamic chapter in the legal history of Europe
Martti Koskenniemi	119	Vitoria and Us. Thoughts on Critical Histories of International Law
Tamar Herzog	140	The Appropriation of Native Status: Forming and Reforming Insiders and Outsiders in the Spanish Colonial World
Jean-Louis Halpérin	150	Transplants of European Normativity in India and in Japan: a Historical Comparison
Li Xiuqing	158	The Chinese Repository and Chinese Criminal Law in the Minds of Westerners of the 19th Century
Zhang Zhongqiu	176	China's Selection of Foreign Laws for Succession in the Late Qing Dynasty
Eugenio R. Zaffaroni, Guido L. Croxatto	192	El pensamiento alemán en el derecho penal argentino
Elisabetta Fiocchi Malaspina, Nina Keller-Kemmerer	214	International Law and Translation in the 19th Century
Urs Matthias Zachmann	228	Does Europe Include Japan? European Normativity in Japanese Attitudes towards International Law, 1854–1945
Ute Frevert	245	Honour and/or/as Passion: Historical trajectories of legal defenses
Paolo Grossi	257	Die Botschaft des europäischen Rechts und ihre Vitalität: gestern, heute, morgen

Kommentar commentary

Mario Ascheri	270	A final comment and request
Kjell Å. Modéer	275	The Deep Structures of European Normativity in a Global Context
Philip C. McCarty	283	Globalizing Legal History

Kritik critique

Gunnar Folke Schuppert 294 The Cosmopolitan State

H. Patrick Glenn, The Cosmopolitan State

Antonio Manuel Hespanha 303 The Legal Patchwork of Empires

Legal Pluralism and Empires, 1500–1850, ed. by Lauren Benton, Richard J. Ross

Li Yang 316 Legal Orientalism, or Legal Imperialism?

Teemu Ruskola, Legal Orientalism

Stefan Kroll 323 Selbst die Kopie ein Original. Die Konstruktion und Adaption globaler Ideen

Samuel Moyn, Andrew Sartori, Global intellectual history

Christiane Birr 325 Die seidenen Bande des Empire

Bonny Ibhawoh, Imperial Justice

Otto Danwerth 326 Von den Inka lernen, heißt herrschen lernen. Zu zwei Editionen von Schriften eines spanischen Juristen im frühkolonialen Peru

Polo Ondegardo, Pensamiento colonial crítico, ed. de Gonzalo Lamana Ferrario

Polo Ondegardo, El Orden del Inca, ed. de Andrés Chirinos y Martha Zegarra

Leticia Vita 331 ¿Por qué hablar de Culturas Constitucionales? Nuevas perspectivas sobre las revoluciones atlánticas

Constitutional Cultures, ed. by Silke Hensel et al.

Pamela Alejandra Cacciavillani 334 A labyrinth of dissimilar senses

Alma Guadalupe Melgarito Rocha, Pluralismo Jurídico

Roberto Gargarella 336 Explicando el constitucionalismo latino-americano

Gabriel L. Negretto, Making Constitutions

Ulrich Jan Schröder 338 Verfassungsvoraussetzungen – rechtshistorisch betrachtet

Verfassungsvoraussetzungen, hg. von Michael Anderhaiden et al.

Kritik critique

Carolin Behrmann	341	Iconomus Peter Goodrich, Legal Emblems and the Art of Law
Michael Stolleis	343	Die Rückseite der Malerei ist die Vorderseite des Staates Erk Volkmar Heyen, Verwaltete Welten
Christoph H. F. Meyer	345	Mittelalterliche Gerichtsbarkeit – im Zeichen der Sakralität und des Vergleichs? Robert Jacob, La grâce des juges
Mario Ascheri	347	Processo romanico-canonico: una ›eccellenza‹ attraverso il tempo? Knut Wolfgang Nörr, Romanisch-kanonisches Prozessrecht
Karl-Heinz Lingens	350	Kostbare Zeit Eine Grenze in Bewegung: Private und öffentliche Konfliktlösung im Handels- und Seerecht, hg. von Albrecht Cordes, Serge Dauchy
Christian Windler	352	Objekte als Medien der Diplomatie Materielle Grundlagen der Diplomatie, hg. von Mark Häberlein, Christof Jeggle
Harald Maihold	354	Kriegsrecht aus moraltheologischer Sicht Francisco Suárez, De pace – De bello, hg. von Markus Kremer
Martti Koskenniemi	356	On the religious Origins of Capitalism Wim Decock, Theologians and Contract Law
Wim Decock	361	Geldüberwuchert Was vom Wucher übrigbleibt, hg. v. Matthias Casper u.a.
Harald Maihold	363	Ich sündige, also bin ich! Das spanische Drama als Probebühne für moralische Experimente Hilaire Kallendorf, Sins of the Fathers
Wim Decock	365	Papsttreu bis zum Tode Cyrille Dounot, L'œuvre canonique d'Antoine Dadine d'Auteserre (1602–1682)

Kritik critique

Sylvia Kesper-Biermann 366 Der aufgeklärte Tod auf Raten

Gerhard Ammerer, Das Ende für Schwert und Galgen?

Vera Finger 369 Am Morgen singen die Vögel

SLING, Der Mensch, der schießt

Karl Härter, Tina Hannappel, Conrad Tyrichter, Thomas Walter 374 Terrorismus für die Rechtsgeschichte? Neuerscheinungen zur Geschichte politischer Gewalt im 19. und 20. Jahrhundert

Richard Bach Jensen, The Battle against Anarchist Terrorism

Gewalt ohne Ausweg?, hg. von Klaus Weinhauer, Jörg Requate

An International History of Terrorism, ed. by Jussi M. Hanhimäki, Bernhard Blumenau

Radikale Milieus, hg. von Stefan Malthaner, Peter Waldmann

Terrorism and Narrative Practice, ed. by Thomas Austenfeld et al.

Terrorismus und Geschlecht, hg. von Christine Hikel, Sylvia Schraut

Abstracts 387 abstracts

Autoren 394 contributors

Mario Ascheri

Processo romanico-canonico: una ›eccellenza‹ attraverso il tempo?*

1. L'analisi inizia con un esame delle fonti e dell'organizzazione giudiziaria e del personale giudiziario (cap. 1, 9–36): i giudici nella loro variegata tipologia, complicata soprattutto dall'esperienza canonistica in forte espansione nei secoli XIII–XIV, la loro ricusazione (molto delicata), i loro collaboratori (*auditor* o *assessor*), le parti litiganti con i loro avvocati e procuratori. Il capitolo 2 (37–57) illustra il ritmo della procedura, dall'*ordo cognitionum* all'ipotesi di *peremptio instantiae* e alle *dilationes*, con giusta attenzione ai *fatalia* per l'appello e per i *substantialia iudicii*, fondamentali per il futuro *due process* e per delineare, in negativo, le possibili forme di processo sommario, fino all'*officium iudicis* – i poteri con cui egli poteva movimentare il processo al di là della generale ›disponibilità‹ del processo rimesso all'iniziativa delle parti.

Il capitolo 3 (59–108) copre le attività anteriori alla contestazione della lite – momento centrale del processo. Si illustrano i *praeparatoria iudicii* (con possibile *prorogatio fori*) e le possibilità di *denunciatio evangelica* ed *appellatio extraiudicialis*, giustamente richiamate per quanto marginali concretamente, e l'attenzione si concentra com'è ovvio sulla citazione e la successiva contumacia o *confessio* del convenuto.

Il rapporto tra *libellus* (per le eccezioni specie in Italia, 50 nota 81) anche *articulatus*, e *actio* nei suoi 5 significati da un lato e le varie ipotesi di *exceptiones*, oltre alla prospettazione della *compensatio* o della *reconventio*, sono trattati con attenzione, ma la parte più sostanziosa della trattazione, com'era da attendersi, rispecchia la sostanza del processo, dalla *litis contestatio* alla sentenza conclusiva (cap. 4, 109–191). Ecco quindi gli effetti della *litis contestatio*, i vari giuramenti (di calunnia, verità e malizia), *satisdationes*, *positiones* (non usate in *Anglia*, 118) *responsiones* con relativi mezzi di prova: testimonianza e documento hanno il ruolo centrale prevedibile. La delicata *publicatio* delle testimonianze, che comunicava i risultati degli incontri di solito svolti (almeno in Italia) da notai, la *instrumenti editio* e le *praesumptiones* hanno adeguato spazio, come i rimedi finali del giuramento decisorio richiesto dal giudice o dalla parte.

I capitoli finali si concentrano l'uno (5, 193–210) sulla sentenza, requisiti e costi, la *res iudicata* e i suoi confini; l'altro (6, 211–220) sul processo sommario, con giusto spazio non solo alla constituzione *Ad reprimendum*, ma soprattutto alla ›clementina‹ *Saepe* (testo a 217 s.).

Il capitolo conclusivo (221–228) sul tema fondamentale della divisione dei compiti tra giudice e parti ribadisce la centralità (v. anche 45) dell'iniziativa di parte (concretamente, del procuratore: compare anche *dominus litis*), non oscura i possibili profili attivi dell'*officium iudicis* (*nullum officium residet in parte*, Bartolo, 55 nota 108) e fa riflettere sulla sempre deprecata lentezza delle procedure dando esempi sia di celerità che di dilatazione accettabile (226 s.), tenuto conto dell'eterno dilemma sull'alternativa tra ricerca della verità (fino a che punto i *substantialia* non l'ostacolano? Bartolo: sono di diritto civile o di diritto naturale?) e definizione conclusiva di una vertenza.

2. Come si vede, si presentano in modo ordinato scansioni e modalità di svolgimento del processo noto come processo romano-canonico, quello formatosi sulla base delle fonti giustinianee, di alcune tradizioni successive e delle novità imposte dal diritto canonico. Esso prevale in Europa, in tempi e modi diversi nei vari Paesi, da fine XII secolo (*Compilatio* I del diritto canonico e con Pillio dopo un Giovanni Bassiano) – XIII secolo

* Nörr, Knut Wolfgang, Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus, Heidelberg: Springer 2012 (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. Abteilung Rechtswissenschaft), xviii, 241 S., ISBN 978-3-642-23482-8

(Decretali di Gregorio IX e di Bonifacio VIII ma anche di tanti giuristi) – inizio secolo XIV (grazie alle *Clementinae* e a Giovanni d'Andrea e Bartolo) fino al delinearsi del nuovo processo introdotto dalle riforme dei principi influenzate dal diritto naturale nei secoli XVIII–XIX. È il processo che l'Autore preferisce chiamare ›romanico-canonico‹ (2) sia per tener conto dell'eredità del diritto longobardo, sia dell'apporto del diritto statutario italiano a partire dal secolo XII: »Die schöpferische Kraft und Zweckhaftigkeit des Statutarrechts kann kaum überschätzt werden« (ibid.).

L'esposizione è coerente con le premesse. Lo svolgimento del processo ›dotto‹, come è detto per l'apporto non sottovalutabile della dottrina giuridica, viene seguito in tutte le sue fasi avendo riguardo al quadro normativo generale, di diritto comune, ma anche al diritto particolare locale su di esso influente e allo *stylus curiae*, ricordato anche grazie agli studi analitici degli ultimi decenni.

Poggiando sul ›sistema‹ già emergente dall'interno della tradizione di diritto comune, da Tancredi al Foscarari, a Roffredo, Grazia Aretino fino al Fagioli, a Martino da Fano, al Durante (soprattutto, ed è comprensibile) e al Passeggieri fino al Ferrari e al Maranta, per tener conto degli sviluppi quattro-cinquecenteschi, Nörr ha spiegato le fasi processuali in modo piano, quasi didattico, passo dopo passo, quasi si rivolgesse a un pubblico a digiuno di questi problemi. Questa è, però, solo un'impressione superficiale.

In realtà, Nörr non solo ha conservato il linguaggio tecnico delle fonti esaminate,[1] naturalmente in latino, ma ha anche dato puntuali indicazioni delle problematiche tecniche odierne collegabili ai problemi affrontati dall'antico diritto processuale. Perciò il libro è destinato a un pubblico con una certa preparazione tecnica.

Infatti, non è infrequente il richiamo alla terminologia attuale, come ad esempio alla *Offizialmaxime*, non tanto per dimostrare la continuità della normativa processualistica nell'esperienza continentale europea, quanto per meglio evidenziare quella capacità ›antica‹ di elaborare la complessa tipologia processualistica. In questo modo il libro soddisfa non solo lo studioso di diritto genericamente interessato alla storia, perché fornisce un'introduzione ricca e utilissima, aggiornata com'è, per chi voglia affrontare un impegno di ricerca su uno dei molti temi affrontati.

3. Nörr ha svolto un lavoro di grande impegno. Probabilmente solo lui, tra gli studiosi viventi del diritto processuale dotto, poteva condurlo in porto in questo modo inappuntabile.[2] In queste duecento (fitte) pagine, egli ha concentrato un'esperienza di ricerca di mezzo secolo: dal pionieristico lavoro sul giudice del processo dotto nella *Frühzeit* (1967) ai molti contributi specifici della raccolta del 1993, cui sono seguiti tanti ulteriori contributi negli ultimi vent'anni,[3] pur occupandosi anche di temi molto diversi – anche contemporaneistici. È stato aiutato, questo è vero, dal recente infittirsi della ricerca in questo campo (tradizionalmente trascurato per l'autentica passione collettiva dei ricercatori per il processo penale – qui soltanto lambito), mettendo al corrente di una bibliografia recente

1 Ne risulta la icasticità, come quando per la *collatio scripturae* si nota »hinc veniunt diaboli inferni« (159, nota 378), o si ribadiscono principi di fondo (»mores dignitati praeferuntur« (151, nota 314)), o dati di fatto istruttivi come »modicum vinum faceret magnam causam in Anglia ubi non crescit« (173, nota 489).

2 Ha quindi senso segnalare che potevano utilizzarsi utilmente anche altri processualisti antichi o che, tra i moderni, si potevano ricordare lavori di un M. Bellomo e di D. Quaglioni o di A. Errera, oppure dedicare maggiore spazio alla motivazione della sentenza per il suo rilievo nella storia delle opiniones, o alla res iudicata (per il rapporto con il *consilium sapientis* instaurato da Antonio da Butrio)? I numerosi statuti pubblicati negli ultimi decenni non anticiperanno la formula del »summario et de plano« a data anteriore al 1297 (215)?

3 Nörr, Knut Wolfgang, *Iudicium est actus trium personarum*: Beiträge zur Geschichte des Zivilprozessrechts in Europa, Goldbach: Keip 1993; poi c'è l'imbarazzo della scelta: segnalo solo ad esempio (anche sul Fagioli) id., Von der Textrationalität zur Zweckrationalität, in: ZRG, Kan. Abt. (1995) e id., Über die mittelalterliche Rota Romana, in: ZRG, Kan. Abt. 93 (2007); utili anche id., *Iura novit curia*: aber auch fremdes Recht?, in: *Ratio decidendi*: Guiding Principles of Judicial Decisions, II, ›Foreign‹ Law, ed. S. Dauchy, W. H. Bryson, M. C. Mirow (2010) e id., *Clemens papa quartus, lumen iuris*, entscheidet über Zweifelsfragen zum Prokurator im Prozessrecht, in: Mélanges A. Lefebvre-Teillard (2009).

ormai imponente,[4] con le verifiche consentite nelle carte processuali antiche più copiosamente disponibili.

La conoscenza profonda del processo di ieri e di oggi induce Nörr ad apprezzare molto, come si capisce, il modello così bene esposto. Peraltro, dà anche dei dati grosso modo soddisfacenti sull'eterno tema della durata del processo (226 s.), per cui non avrebbe motivo per valutazioni negative da questo punto di vista. Il *continuum* dottrinale, lui sa bene, ha avuto momenti di rottura (diritto naturale moderno), ma i tradizionali problemi tecnici sono rimasti ancor sempre oggetto di interesse scientifico. Significativo in questo senso il suo utilizzo a fondo della trattatistica in lingua tedesca del secolo XIX,[5] al tempo stesso storica e teorica nella tensione alle riforme processuali imposte dalle novità del tempo.

Quell'antica dottrina poteva dire ancora molto perché fondata su un razionale approccio ai problemi. La *razionalità* può essere cambiata per certi versi (per l'immediatezza, pubblicità e confronto dei testi, ad esempio, contrariamente all'antico *senso comune* in contrario), ma rimane avvertibile la seria tensione di quel mondo antico, tra i giuristi come tra i legislatori (molti papi) a loro sensibili, a cercare di risolvere i problemi con approfondimenti e tentativi sempre nuovi. Il diritto processuale *non* è stato trascurato dal Medioevo – come taluni continuano a sostenere – e qui lo si dimostra in modo luminoso: a livello di studio e di insegnamento.

L'aspirazione per la Giustizia/giustizia è incarnata, per così dire, in quegli sforzi di altissimo livello intellettuale portati in eredità all'Europa moderna. Quel sofisticato *bricolage* affascina e dice molto di un mondo culturalmente avanzato. Resta il fatto che la perfezione dottrinale convisse con ›svolte‹ di assai dubbia razionalità in campo penale (laico e religioso), e che tante *subtilitates* furono all'origine delle *lites immortales* contro le quali si lottò in quasi tutta Europa – e certamente con tanta difficoltà e poco successo in Italia.

Giuristi e notai non hanno perciò goduto di grandi simpatie, anche se hanno potuto guadagnare molto e ci sono state esperienze alternative (dall'Inghilterra a Venezia). La tutela dei diritti, a torto o a ragione, è spesso apparsa più predicata che realizzata, alimentando periodici sogni millenaristici e ›popolari‹ con le conseguenze che ci sono note. Questa procedura è espressiva di un *gap* caratteristico, molto istruttivo, della storia europea più profonda. Ogni tentativo di semplificazione, come la ricorrente contrapposizione tra un mitico mondo passato della consuetudine e il duro mondo moderno della legge, ne viene rintuzzato.

■

4 Come gli apporti recenti e meno recenti (il seguente non è un elenco esaustivo naturalmente) di R. Helmholz (fondamentale soprattutto, ma non solo, per l'Inghilterra), Ch. Donahue, S. Schlinker, S. Lepsius (testi in Bartolo e sindacato), P. Pichonnaz, L. Masmejan, H. J. Budischin, M. Kriechbaum, M. Schmoeckl, W. Wiegand, Th. Duve, T. Behrmann, P. Martín, Y. Mausen, P. Schulte, A. Meyer, o miscellanee come quella curata da F.-J. Arlinghaus, I. Baumgärtner e V. Colli sulla Praxis der Gerichtsbarkeit (2007) o quella della Lepsius e di Th. Wetzstein sulla scritturazione degli atti giudiziari (2008) – mentre la storiografia processualistica italiana è rappresentata essenzialmente da A. Padoa Schioppa, G. Minnucci, C. Natalini, F. Mancuso, N. Sarti, M. Vallerani, O. Condorelli e alcuni canonisti (come P. Pellegrino, R. Balbi, R. Bertolino, L. Musselli, A. Bettetini o G. Bellini) o processualisti come Francesco Cordopatri. Un indice degli autori con indicazione almeno della pagina della prima citazione sarebbe stato perciò molto utile.

5 Come un Adolf Wach (sempre da citare per gli statuti italiani per il suo classico Arrestprozess, 1868, rist. 1973, come poi L. Rosenberg, 1908, e H. Himstedt, 1910), un G. Bülow, ma anche P. Hinschius, W. Endemann, J. Weismann, H. Buchka, A. Skedl, J. W. Planck … Entro questo filone è soprattutto il nostro Giuseppe Chiovenda ad aver spazio. Tra i meno recenti Mauro Cappelletti.